

# LI – O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor de Direito na UnB.  
Ministro do STJ.

SUMÁRIO: 1. Mandado de segurança coletivo: natureza e fundamento – 2. Legitimação ativa: 2.1 Legitimação ativa de partidos políticos; 2.2 Legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações – 3. Objeto do mandado de segurança coletivo – 4. Processo e procedimento da ação coletiva de mandado de segurança: 4.1 Aplicação, por analogia, das normas do mandado de segurança individual; 4.2 Aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas – 5. Litispendência e coisa julgada.

## 1. Mandado de segurança coletivo: natureza e fundamento

Duas são as espécies de mandado de segurança inscritos no art. 5.º da CF no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º): o individual (inc. LXIX), já integrado à tradição do nosso constitucionalismo desde a Carta de 1934 (art. 133, n. 33) e reproduzido por todas as demais, exceto pela de 1937; e o coletivo (inc. LXX), até então inédito em nosso direito e sem similar no direito comparado, assim disciplinado: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. É dessa segunda espécie que tratam os arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009.

Conforme registramos em estudo específico,<sup>1</sup> a grande diferença entre um e outro, sob o aspecto de sua disciplina constitucional,

reside, aparentemente, na legitimidade ativa,<sup>2</sup> que no mandado de segurança individual é pelo regime tradicional da representação, em estrita observância do princípio consagrado no art. 6.º do CPC (“ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), e que no mandado de segurança coletivo é pelo regime de substituição processual (= o impetrante está legitimado a tutelar, em nome próprio, direito de terceiro). Todavia, as diferenças entre um e outro – ou, melhor dizendo, as consequências decorrentes da diferença quanto ao regime da legitimação ativa – são muito mais profundas do que aparentam. É que o regime de substituição processual, instituído para o mandado de segurança coletivo, está agregado a um objetivo específico (que está implícito na letra a do inciso constitucional e que se mostra explícito na sua letra b): o de permitir que o substituto processual busque, numa única demanda, a tutela de direitos pertencentes a variadas pessoas, nomeadamente de “interesses de seus membros ou associados”. Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção

1. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 192. O presente estudo reproduz, em linhas gerais, o que sustentamos no Capítulo 8 dessa obra.

2. MARTINS, Antônio Carlos Garcia. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e regime da coisa julgada*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 20.

coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Em outras palavras: transformou-se o mandado de segurança em instrumento para tutela coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um mandado de segurança, mas é também uma ação coletiva, e isso faz uma enorme diferença.

Realmente, a nova e importante aptidão conferida à ação constitucional tem consequências transcendentais no campo do processo,<sup>3</sup> especialmente quando se levam em conta as características originais do mandado de segurança, um processo sumário formatado para atender a demandas com feições eminentemente individualistas, destinadas a proteger direito líquido e certo, com titular já identificado, oriundo de fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída. Ora, tais características não são suscetíveis de plena e automática adaptação à nova espécie, que tem dupla face: (a) a de uma ação sumária, que por isso mesmo deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança, mas também (b) a de uma demanda coletiva que, sob pena de comprometer a peculiar natureza que assume com essa configuração, não se presta a exame particular e individualizado dos direitos subjetivos objeto da proteção.

Limitada a disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo à norma de legitimação ativa, ficou delegada ao legislador ordinário (e, na sua falta, ao Judiciário, aplicador da norma) a incumbência de formatar os demais meios processuais e procedimentais necessários à sua utilização. Nesse domínio, a dificuldade reside na circunstância de que não se está diante de uma simples ação plúrima ou de uma cumulação de causas decorrente de litisconsórcio ativo, em que os titulares do direito estão desde logo identificados. Na verdade, o mandado de segurança coletivo, notadamente quando tutela coletivamente direitos subjetivos individuais, tem como característica necessária

a abstração de situações particulares, razão pela qual a sentença formulará, em alguma medida, mas necessariamente, juízos genéricos e impessoais, semelhantes aos proferidos nas ações coletivas destinadas a tutelar direitos individuais homogêneos (Lei 8.078/1990, art. 95).

## 2. Legitimação ativa

### 2.1 Legitimação ativa de partidos políticos

Ao tratar do mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação, a Constituição Federal estabelece que ele será proposto “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5.º, LXX, b). Entretanto, ao dispor, na letra a do mesmo inciso, sobre a legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não ficou estabelecida qualquer limitação dessa natureza, o que deu ensejo a dúvidas quanto ao objeto e aos limites da impetração.<sup>4</sup> Formou-se corrente de pensamento sustentando que, mesmo assim, os partidos políticos estão sujeitos a restrições semelhantes, somente podendo demandar tutela para direitos individuais dos seus filiados.<sup>5</sup> Essa orientação foi acolhida em precedentes do STJ.<sup>6</sup>

4. Sobre as várias posições doutrinárias a respeito: ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 113-123.
5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; 28. ed., 2005, p. 29; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994 p. 164.
6. STJ, 1.ª Seção, EDcl no MS 197, rel. Min. Garcia Vieira, *Ementário de Jurisprudência do STJ* 4/167-168 ([<http://www.stj.gov.br>], 30.09.2005), em cuja ementa se diz: “A exemplo dos sindicatos e das associações, também os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não podem eles vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a eles não filiados ou interesses difusos, e sim direitos de natureza política, como, por exemplo, os previstos nos arts. 14 a

3. GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79.

Dois argumentos, pelo menos, militam fortemente em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela na letra *b* do mesmo inciso, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta, merecendo, por isso mesmo, interpretação que lhe dê sentido adequado. Segundo, pela singular natureza do partido político, substancialmente diversa daquela das demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações – sindicais, classistas e outras – têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está voltado diretamente para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos políticos não se destinam a atender interesses ou necessidades particulares de seus filiados. Não são esses os fins da agremiação partidária. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado *para dentro de si mesmas*, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a *objetivos externos*, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados.

Segundo estabelece a Lei 9.096/1995, “o partido político (...) destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (art. 1.º). Por conseguinte, os filiados do partido são, na verdade, *instrumentos* das atividades e das bandeiras partidárias, e não,

necessária ou prioritariamente, os *destinatários* delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. É bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos partidos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não filiados.

No que respeita à legitimação dos partidos políticos, em suma, a pretensão do mandado de segurança coletivo não está limitada à tutela de interesses particulares de seus filiados. Tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação partidária – que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados –, como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar segurança coletiva. Assim, há de se entender que o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo com objetivos mais abrangentes, com a única limitação de estarem situados no âmbito de sua finalidade institucional e do seu programa. Em outras palavras, podem ser tutelados pelo partido político, por mandado de segurança, os direitos ameaçados ou violados por ato de autoridade, ainda que pertencentes a terceiros não filiados, quando a sua defesa se compreenda na finalidade institucional ou constitua objetivo programático da agremiação.<sup>7</sup> Esse elo de relação e de compatibilidade entre o direito tutelado e os fins institucionais ou programáticos do partido político, além de representar o marco limitador do campo de abrangência da legitimação, constitui também requisito indispensável à configuração do interesse de agir em juízo.

A Lei 12.016/2009 veio cancelar essa interpretação abrangente dos domínios da legitimação dos partidos políticos, ao estabelecer, no art. 21, que “o mandado de segurança coletivo

16 da CF”. No mesmo sentido: STJ, 6.ª T., RMS 2423-4, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 22.11.1993, p. 24974.

7. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. *RePro*, vol. 16, n. 61, p. 187-200, especialmente p. 197, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1991; CARNEIRO, Athos Gusmão. Do mandado de segurança coletivo e suas características. In: \_\_\_\_\_. (coord.). *Da antecipação da tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171.



pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

## 2.2 *Legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações*

Sob a perspectiva exclusivamente constitucional, o objeto do mandado de segurança coletivo impetrado por entidades sindicais e classistas, com base na legitimação estabelecida pela letra b do inc. LXX do art. 5.º da CF, é a “defesa dos interesses” de membros e associados das entidades legitimadas. Refere-se, portanto, à tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. Ora, ao permitir a essas entidades a impetração também em defesa de “direitos coletivos”, assim entendidos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”, a Lei 12.016/2009, no parágrafo único do seu art. 21, indubitavelmente ampliou os limites estabelecidos pela Constituição. Isso, convém esclarecer, não significa que seja inconstitucional a ampliação. É que ao dispor sobre o tema, o Constituinte estabeleceu os limites mínimos da legitimação dos entes associativos (ou seja, fixou limites não suscetíveis de redução pelo legislador ordinário), não os seus limites máximos, cuja fixação, consequentemente, insere-se no âmbito de discricção de política legislativa ordinária. O importante é deixar desde logo realçado o que adiante se fará ver mais especificamente: a não ser no que diz respeito à própria legitimação ativa, a impetração visando à tutela de direitos coletivos não representou uma inovação significativa do ponto de vista procedimental. A demanda, sob esse aspecto, está sujeita a regime semelhante ao do mandado de segurança comum. A real e mais significativa inovação, introduzida pela Constituição de 1988, é a que diz respeito ao mandado de segurança coletivo destinado a tutelar direitos individuais homogêneos, esse sim merecedor de atenção especial, dada a sua natureza de ação coletiva, sujeita como tal a, eventualmente,

conviver com demandas individuais destinadas a tutelar os mesmos direitos.

Qualquer que seja a natureza dos direitos tutelados – coletivos ou individuais homogêneos –, eles devem guardar relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante.<sup>8</sup> É que para ajuizar uma demanda não basta que o autor ostente legitimidade; é indispensável que tenha também interesse, diz o art. 3.º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de estar investido de interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fosse a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhe dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltará à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual.

Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou de assembleia. Diferentemente do que ocorre em relação às ações coletivas, promovidas com base na legitimação outorgada pelo art. 5.º, XXI, da CF, “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (Súmula 629 do STF).

8. STF, 1.ª T., RE 141733-1, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.09.1995; STF, 2.ª T., RE 157234-5, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.09.1995; STF, 1.ª T., RE 175401, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 20.09.1996 ([<http://www.stf.gov.br>], 30.09.2005).



Também sempre dominou no STF o entendimento, consagrado na Súmula 630, de que “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. As opiniões doutrinárias em outro sentido, sustentando que os interesses tutelados deveriam abranger a totalidade dos membros da classe,<sup>9</sup> traduzem pensamento que confunde direito coletivo (pertencente à própria classe ou categoria) com tutela coletiva de direitos individuais (pertencentes aos membros, e não à classe), reduzindo, consequentemente, em medida inaceitável, o potencial de eficácia do mandado de segurança como instrumento de tutela coletiva.

Esse conjunto de orientações veio a ser expressamente consagrado pela Lei 12.016/2009, em cujo art. 21 ficou estabelecido que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado (...) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

A exigência de estar “constituída e em funcionamento há pelo menos um ano” visa a coibir a impetração temerária, por entidades constituídas artificialmente para tal finalidade. Assim, no particular, uma visão teleológica do preceito constitucional recomenda sua interpretação restrita, para excluir da exigência as organizações sindicais.<sup>10-11</sup>

### 3. Objeto do mandado de segurança coletivo

Até o advento da Lei 12.016/2009, discutiu-se largamente a respeito da natureza dos direitos tuteláveis por mandado de segurança coletivo. Havia linha de pensamento segundo a qual o mandado de segurança coletivo se destinava unicamente à salvaguarda de direitos coletivos,<sup>12</sup> corrente essa que, num primeiro momento, chegou a ter adeptos na jurisprudência do STJ.<sup>13</sup> Mais acentuada foi a divergência entre (a) os que sustentaram tratar-se de instrumento apto a tutelar, indistintamente, direitos coletivos e direitos individuais<sup>14</sup> e (b)

9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança* cit., p. 25 e 38; GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controversos do mandado de segurança coletivo e o do mandado de injunção. RT, ano 78, n. 641, p. 84-87.

10. STF, 1.<sup>a</sup> T., RE 198919-0, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 24.09.1999 ([<http://www.stf.gov.br>], 30.09.2005).

11. STF, Pleno, MS 23769-4, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30.04.2004 ([<http://www.stf.gov.br>], 30.09.2005).

12. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular. *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 514-543; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 15-16; OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 142.

13. STJ, 1.<sup>a</sup> S., AgRg no MS 266, rel. Min. Carlos M. Velloso, RSTJ 10/254, com a seguinte ementa: “Mandado de segurança – Mandado de segurança individual – Mandado de segurança coletivo – Interesses difusos. I – O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5.º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5.º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII) e pela ação civil pública (Lei 7.347/1985). II – Agravo regimental improvido”. Há, entretanto, decisões em outro sentido, admitindo interpretação de mandado de segurança coletivo em defesa de direitos subjetivos individuais, como, v.g.: STJ, 1.<sup>a</sup> Seção, MS 522, rel. Min. Ilmar Galvão, *Ementário de Jurisprudência do STJ* 3/34 ([<http://www.stj.gov.br>], 30.09.2005).

14. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo – Legitimação, objeto e coisa julgada.

os que defenderam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais.<sup>15</sup> Essa última corrente mereceu o aval importantíssimo do STF.<sup>16</sup>

Em verdade, o perfil original do mandado de segurança já se prestava à tutela de direitos coletivos, bastando, para tanto, que o impetrante ostentasse legitimação ativa. Assim, muito antes da Constituição de 1988, a Lei 4.215/1963 (revogada pela Lei 8.906/1994), que criou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, já habilitava aquela entidade a “representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão” (art. 1.º, parágrafo único). Também a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, estabelecia, em seu art. 513, como “prerrogativas dos sindicatos”, entre outras, as de “representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida”. Não há dúvida que, ao traçar distinção entre “interesses gerais da classe”

e “interesses individuais” dos advogados ou dos filiados, aquelas normas conferiram aos primeiros uma nítida característica do que hoje se conhece como direito coletivo. Ora, em mais de uma oportunidade, a jurisprudência do STF admitiu a impetração de mandado de segurança – pelo procedimento tradicional – para defender aqueles *interesses gerais da classe*, típicos direitos transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas.<sup>17</sup>

O que se quer afirmar, com isso, é que o procedimento comum do mandado de segurança já possuía características e base constitucional para tutelar também direitos coletivos.<sup>18</sup> Bastava, para isso, que o legislador ordinário conferisse legitimidade ao impetrante, como ocorreu nas hipóteses mencionadas. Aliás, essa via de tutela de direitos coletivos está implicitamente admitida pelo Código do Consumidor (art. 83) e de modo explícito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 212, § 2.º).

É de reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5.º, LXX, a), o texto constitucional não estabeleceu limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida. Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se podem considerar excluídos dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se trate de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante.

Mesmo no que se refere à legitimação prevista na alínea *b* do inc. LXX (entidades de classe, associações e sindicatos), não se pode negar que certos “interesses de seus membros ou associados” se revestem de nítido caráter

da. *RePro*, vol. 15, n. 58, p. 75-98; BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção* cit., p. 67-74; NERY JUNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. *RePro*, vol. 15, n. 57, p. 150-158; MARTINS, Antônio Carlos Garcia. *Mandado de segurança coletivo*... cit., p. 61; GIDI, Antônio. *Coisa julgada*... cit., p. 80; MOMEZZO, Marta Casadei. *Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 45-55; ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo*... cit., p. 60. *Najurisprudência*: STJ, 1.ª T., RMS 16137, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 10.11.2003.

15. CALMON DE PASSOS, J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 13; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o mandado de segurança coletivo*. *Ajuris*, n. 54, p. 53-74.

16. STF, Pleno, MS 20.936, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 142:446 ([http://www.stf.gov.br], 30.09.2005).

17. STF, Pleno, MS 18.428, rel. Min. Barros Monteiro, RTJ 54:71; STF, Pleno, MS 20.170, rel. Min. Décio Miranda, RTJ 89/396 ([http://www.stf.gov.br], 30.09.2005).

18. STJ, 2.ª T., RMS 3022-2, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 18.09.1995 ([http://www.stj.gov.br], 30.09.2005).



transindividual, porque não pertencem a patrimônios jurídicos já determinados. Imagine-se a hipótese de concurso público para provimento de certo cargo técnico, cujo edital exclua, ilegitimamente, a participação de membros de determinada classe (engenheiro, arquiteto, economista etc.). Não parece haver dúvida de que, tão pronto editado o ato ilegítimo, a associação ou o sindicato da classe dos excluídos estará habilitado a impugná-lo em juízo, inclusive mediante impetração de mandado de segurança. Nessas circunstâncias, o direito tutelado guarda características não de direito subjetivo individual, mas de direito coletivo, transindividual, já que o ato atacado operou ofensa aos interesses da classe como um todo. Tais exemplos deixam claro que, pelo menos em certas circunstâncias, a legitimação prevista no art. 5.º, LXX, da CF abarca também a proteção de direitos coletivos.

Sob esse aspecto, é perfeitamente compatível com a Constituição o parágrafo único do art. 21 da superveniente Lei 12.016/2009, segundo o qual “os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

O legislador, como se percebe, optou por uma classificação bipartida dos direitos suscetíveis de tutela por mandado de segurança coletivo: os direitos individuais homogêneos (que são divisíveis e cujos titulares são *pessoas individualmente determinadas*) e os coletivos *stricto sensu* (que são indivisíveis e transindividuais, mas cujos titulares podem ser determinados por *classes ou categorias* de pessoas). Não estão referidos os chamados direitos *difusos*, que, além de indivisíveis e transindividuais, *não têm titular determinado ou determinável*, pois são *pessoas absolutamente indeterminadas*. Essa terceira categoria está prevista no Código de

Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) para a defesa dos direitos decorrentes das relações de consumo (art. 81, parágrafo único).

É, realmente, difícil compatibilizar os direitos difusos (cujos titulares são absolutamente indeterminados) com a natureza do mandado de segurança (que supõe liquidez e certeza do direito tutelado) e com os limites estabelecidos no próprio *caput* do art. 21. Essa dificuldade, já constatada na jurisprudência do STF,<sup>19</sup> determinou a opção do legislador por admitir a tutela de direitos cujos titulares sejam identificados por classe ou categoria (como ocorre nos direitos coletivos *stricto sensu*), mas não quando a indeterminação seja absoluta, como ocorre nos direitos difusos.<sup>20</sup>

A limitação imposta pelo legislador ordinário não representa, todavia, uma proibição ou um impedimento de caráter absoluto. Não se pode, assim, descartar inteiramente a hipótese de tutela de direitos difusos por mandado de segurança. Para que isso ocorra, todavia, será indispensável a configuração simultânea de dois pressupostos essenciais: (a) que a tutela do referido direito objeto da impetração se comporte no âmbito material da legitimação do impetrante e (b) que a lesão ou ameaça ao direito por ato ilegítimo de autoridade seja suscetível de demonstração por prova documental pré-constituída. É de considerar adequado, sob esse aspecto, que um partido político, cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito de natureza transindividual, sem titular certo, pertencente a

19. É o que se depreende dos votos proferidos no RE 196.184, DJ 18.02.2005.

20. A classificação tripartite dos direitos, para fins de tutela em processo coletivo, não tem aceitação universal. O Código Modelo de Processos Coletivos aprovado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual, por exemplo, recomenda a classificação apenas bipartida: a dos direitos individuais homogêneos e a dos direitos transindividuais pertencentes a grupos, categorias ou classes (art. 1.º).

todos, como assegura o art. 225 da CF. Em caso assim, o cabimento da impetração demanda – e aí certamente reside a maior dificuldade – a demonstração documental de que a ameaça ou lesão está sendo perpetrada por ato ou omissão ilegítima do Poder Público.

#### 4. Processo e procedimento da ação coletiva de mandado de segurança

No que se refere aos aspectos procedimentais, é preciso distinguir duas situações: a do inc. I do art. 21 da Lei 12.016/2002 (tutela de direitos coletivos) e a do inc. II (tutela de direitos individuais homogêneos).

Tratando-se de impetração destinada a tutelar direitos coletivos (ou, eventualmente, difusos), o procedimento será semelhante ao do mandado de segurança individual. Assim já ocorria no regime antigo, notadamente nas impetrações fundadas na legitimação outorgada pela CLT e pelo antigo Estatuto da Ordem dos Advogados. Entretanto, é muito diferente a situação quando o mandado de segurança for destinado a tutelar direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a ação tem natureza mista: é mandado de segurança, mas é também ação coletiva. Como mandado de segurança, guarda o perfil constitucional de instrumento “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, segundo dispõe o inc. LXIX do art. 5.º da Carta Magna. Mas, como ação coletiva, assume certas características profundamente diferentes daquelas de que se reveste a simples ação individual de mandado de segurança, notadamente no que diz respeito ao juízo necessariamente globalizado que deve fazer a respeito dos direitos objeto da impetração, com todas as consequências que daí decorrem. Isso impõe a adoção, para o mandado de segurança coletivo, de normas processuais adequadas, diferentes da pura e simples apropriação das que regem o mandado de segurança individual.

As raras normas específicas sobre mandado de segurança coletivo foram as trazidas pela Lei 12.016/2009 (arts. 21 e 22). São muitas, consequentemente, as lacunas a serem preenchidas. Para o fim de colmatá-las concorrem, de modo significativo, as normas próprias do mandado de segurança individual e as que dispõem sobre a ação coletiva genericamente considerada. É, portanto, a partir desse material que se terá de construir as soluções processuais para o mandado de segurança coletivo.

A própria ação individual de mandado de segurança tem seu procedimento especial disciplinado de forma limitada. Já era assim na vigência da Lei 1.533, de 31.12.1951, e da Lei 4.348, de 26.06.1964, não tendo havido grandes modificações com o advento da Lei 12.016/2009, que, no particular, representa a consolidação da legislação anterior. Por isso mesmo, como ocorre em relação a todos os demais procedimentos especiais, também ao do mandado de segurança aplicam-se, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento comum. É o que se depreende do disposto no parágrafo único do art. 272 do CPC.

Realmente, ao traçar disciplina procedimental especial à ação de segurança, o legislador limitou-se a dar destaque aos aspectos que desejava ver realçados e tratados de modo peculiar, deixando de lado, na evidente suposição de que observariam as regras ordinárias, todos os demais, ainda que importantes. É compreensível, assim, que tenha silenciado, ao traçar as regras do procedimento especial, a respeito de grande número de questões de maior relevância, como, por exemplo, a da capacidade das partes, a da contagem dos prazos, a da forma dos atos processuais, a da validade ou invalidade destes, a das circunstâncias que impedem ou tornam suspeito o juiz, a dos requisitos essenciais à sentença e assim por diante. Não pode haver dúvida, portanto, de que tais omissões são naturalmente preenchidas pelas normas do procedimento comum. Daí o acerto do que dizia Pontes de Miranda, referindo-se a essa espécie de lacuna legislativa observada nos procedimentos especiais: “Tal lacuna da lei é só aparente, porque o que lhe falta e está



nas regras jurídicas do procedimento ordinário enche o suposto vácuo".<sup>21</sup>

Fenômeno semelhante, e em grau mais acentuado, ocorre com o mandado de segurança coletivo. Mais que o individual, que sofre a permeabilidade da aplicação subsidiária do procedimento comum, o mandado de segurança coletivo fica sujeito à múltipla aplicação de normas externas, a saber: *por analogia*, (a) das regras e dos princípios da ação individual de mandado de segurança e (b) das regras e dos princípios das ações coletivas; e, *por subsidiariedade*, (c) das regras e princípios do procedimento comum.

#### 4.1 Aplicação, por analogia, das normas do mandado de segurança individual

Há aplicação analógica integral, ao mandado de segurança coletivo, dos institutos e dos conceitos que formam o cerne do mandado de segurança, a saber: direito líquido e certo, ato abusivo ou ilegal de autoridade coatora.<sup>22</sup> O que se tutela, no mandado de segurança coletivo, são direitos,<sup>23</sup> e é com esse sentido que se devem interpretar os "interesses" referidos na terminologia constitucional e no art. 21 da Lei 12.016/2009. É indispensável que tais direitos resultem de fatos, mesmo complexos,<sup>24</sup> mas demonstrados por prova pré-constituída.

Também no que se refere ao rito propriamente dito, a aplicação analógica é praticamente integral. A ação coletiva de mandado de segurança se reveste do caráter sumário desenhado na Lei 12.016/2009, cujos atos essenciais são os seguintes: petição inicial, acompanhada das provas documentais (ou de requerimento para sua exibição) relativas aos fatos que dão suporte à demanda; decisão inicial do juiz, sobre concessão de tutela antecipada (liminar) e notificação da autoridade impetrada; prestação de informações, em dez dias; parecer do Ministério Público, em dez dias; e sentença.

Observa-se, como peculiaridade do mandado de segurança coletivo, a necessidade de haver, na petição inicial, indicação clara do âmbito de representatividade e dos fins associativos ou institucionais da entidade impetrante. Esses elementos são indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da legitimação e para identificar (a) os substituídos atingidos pela sentença, (b) a autoridade impetrada e (c) o juízo competente.

#### 4.2 Aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas

As dificuldades maiores situam-se nas lacunas relacionadas com a natureza coletiva da ação de segurança. Quando se destina a tutelar um conjunto de direitos subjetivos homogêneos, por regime que não se confunde com o do simples litisconsórcio ativo (= cumulação de causas individuais), é certo que o mandado de segurança coletivo assume, em alguma medida, mas necessariamente, as características básicas das ações coletivas, que são: (a) a repartição da atividade cognitiva, (b) o regime de substituição processual, (c) a sentença genérica e (d) a liberdade de adesão do titular do direito subjetivo.<sup>25</sup>

A repartição da atividade cognitiva, característica técnica inerente a todas as ações coletivas, representa, também no mandado de segurança coletivo, uma redução do âmbito

21. PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. III, p. 470.

22. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Ações coletivas... cit.*, p. 187-200; BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 35.

23. STF, Pleno, MS 21291 (QO), rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.04.1991 (<http://www.stf.gov.br>), 30.09.2005).

24. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72; STF, 2.ª T., RMS 21514-3, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27.04.1993 (<http://www.stf.gov.br>), 30.09.2005).

25. Sobre o tema: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo... cit.*, p. 151.

material da cognição judicial. Nele não se faz juízo específico e particular dos direitos subjetivos (“líquidos e certos”) de cada um dos substituídos processuais. Se isso ocorresse, o mandado de segurança coletivo nada mais seria do que uma cumulação de causas, um conjunto de demandas individuais. Portanto, seu âmbito de cognição está centrado apenas naquilo que os direitos individuais tutelados têm em comum, ou seja, no seu conteúdo uniforme, no seu núcleo de homogeneidade. Em consequência, os fatos sujeitos a prova pré-constituída são unicamente os que dizem respeito à ameaça ou à lesão aos direitos visualizados em seu conjunto e considerada apenas a essência homogênea que lhes é comum. É nesses limites que devem ser entendidos os “direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte de seus membros” protegidos por ação coletiva de mandado de segurança, referidos no art. 21 da Lei 12.016/2009.

As situações individuais, as condições pessoais e particulares dos titulares do direito subjetivo abrangido no mandado de segurança coletivo poderão, se for o caso, ser objeto de exame específico por ocasião do cumprimento da sentença mandamental. Nessa oportunidade, notificada a cumprir a sentença concessiva da ordem, a autoridade impetrada poderá opor eventuais objeções ou defesas que porventura tenha em relação a cada um dos possíveis beneficiados. Observar-se-ão, nessa fase de cumprimento, no que couber, as normas procedimentais de cumprimento (= liquidação e execução) da sentença genérica da ação civil coletiva.

O regime da legitimação ativa mediante substituição processual é outra característica da ação coletiva de mandado de segurança. Ela guarda relação com a da repartição da atividade cognitiva. Considerando que, na tutela de direitos individuais homogêneos, a impetração tem seu objeto limitado aos aspectos comuns dos direitos subjetivos ameaçados ou lesados, sem levar em consideração os elementos típicos de cada situação individual dos seus titulares, é lógica e natural a dispensa do regime de representação. Aliás, está dispensada até mesmo a autorização especial dos substituídos pro-

cessuais, conforme estabelece o art. 21 da Lei 12.016/2009, reproduzindo o enunciado na Súmula 629 do STF, já referida.

Quanto à sentença, ela assume, necessariamente, certo grau de generalidade, compatível com o regime de atuação do impetrante (= substituição processual) e com o objeto da impetração (= restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial). Concedida a segurança e notificada a autoridade impetrada da ordem para sustar a ameaça ou para promover a devida reparação dos direitos violados, abre-se oportunidade para exame de situações individuais que, por alguma razão, possam não estar beneficiadas pela sentença.

Uma quarta característica das ações coletivas é a da liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Segundo o regime comum aplicável às ações coletivas em geral, a vinculação do interessado ao processo coletivo há de ser manifestada de forma expressa e inequívoca. A faculdade de aderir compreende (a) a de se litisconsorciar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a de promover ou de prosseguir a ação individual e, finalmente, (c) a de utilizar ou não, em seu favor, a sentença de procedência. Essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). O interessado que optar pela não vinculação poderá ser beneficiado, mas jamais prejudicado, com o resultado da demanda coletiva. Consequências negativas ao seu patrimônio jurídico dependeriam de previsão legal,<sup>26</sup> inexistente em nosso ordenamento.

Quanto a esse aspecto, a Lei 12.016/2009 trouxe significativa alteração, estabelecendo um sistema diferente para o exercício da liberdade de adesão. Conforme decorre do seu art. 22, a vinculação do titular do direito individual ao mandado de segurança coletivo será automática, só não ocorrendo se, tendo ele ciência da impetração coletiva, manifestar opção pela não vinculação, insistindo em manter o seu próprio mandado de segurança anteriormente

26. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo... cit., p. 75-98.



proposto. Embora a norma refira unicamente a não “desistência do seu mandado de segurança”, como modo de expressar a opção pela exclusão, deve-se entender, por interpretação sistemática e analógica, que também serve à mesma finalidade a manifestação do titular do direito individual que, ciente da impetração coletiva, (a) não desiste de ação individual de outra espécie com o mesmo objeto, porventura em curso, ou (b) propõe, antes da sentença na impetração coletiva, mandado de segurança ou outra espécie de ação individual com o mesmo objeto, ou, ainda, (c) expressa formalmente sua decisão de não se vincular ao mandado de segurança coletivo. Essa última alternativa decorre da faculdade, que a todos assiste – e que a Lei 12.016/2009 não afasta –, de renúncia à ação ou ao próprio direito material. Em casos tais, o titular do direito individual ficará vinculado unicamente ao resultado da demanda individual porventura proposta, independentemente do seu sucesso ou insucesso, não se beneficiando nem se prejudicando com o resultado do mandado de segurança coletivo.

Bem se vê que para configurar as situações de vinculação e de não vinculação dos titulares do direito subjetivo ao processo coletivo é indispensável que haja “ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”. Essa formalidade ganha ainda mais relevância quando se tem presente que, uma vez vinculado ao mandado de segurança coletivo, o titular do direito individual (substituído no processo) fica alcançado pela eficácia da coisa julgada da sentença de mérito que nele for proferida, nos termos do art. 22, *caput*. Considerando que a Lei nada dispõe sobre o momento e o modo de promover e formalizar esse importante ato processual, cumprirá ao juiz, mesmo de ofício, ao despachar a inicial, determinar as providências necessárias no sentido de que os substituídos sejam eficazmente identificados do ajuizamento da impetração coletiva, por modo que julgar mais adequado às circunstâncias do caso.

## 5. Litispendência e coisa julgada

O titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de promover ou de dar seguimen-

to a mandado de segurança (ou a ação de rito comum) destinado a tutelar seus interesses, mesmo que esteja em curso a ação coletiva de mandado de segurança em que possa figurar como substituído. Não há, portanto, litispendência ou continência entre um e outro. Essa conclusão deriva da letra expressa do § 1.º do art. 22 da Lei 12.016/2009. Com efeito, não há identidade entre as duas ações. Uma não reproduz a outra. No mandado de segurança individual a cognição é mais ampla, envolvendo o direito líquido e certo do impetrante em todas as suas especificidades. Já na ação coletiva de mandado de segurança, o âmbito cognitivo é mais limitado, ficando restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos, que são visualizados e examinados em sua dimensão genérica e impessoal. O que há, entre as duas ações, portanto, é inegável laço de conexão (CPC, art. 103), que, todavia, a exemplo do que ocorre na relação entre ações individuais e ações coletivas de outra espécie,<sup>27</sup> não determina necessariamente a reunião dos processos.

Quanto ao regime da coisa julgada, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, além das normas próprias e específicas adiante referidas, as que tratam do mandado de segurança individual. Segundo dispõe o art. 19 da Lei 12.016/2009, “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. A rigor, manteve-se o regime tradicional estabelecido na Lei 1.533, de 1951, segundo a qual “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (art. 15) e “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito” (art. 16). O que, aparentemente, resulta desses dispositivos é que, na ação individual de mandado de segurança, somente haveria coisa julgada em caso de procedência do pedido. Não é assim, todavia. Também faz

27. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. ... cit., p. 177.

coisa julgada a sentença que, examinando o mérito, denegar a segurança. Convém salientar que, em mandado de segurança, para denegar a ordem *no mérito* é indispensável (a) que não haja dúvida alguma a respeito dos fatos e (b) que, inobstante isso, seja negada a existência do direito afirmado na impetração. Confirma-se que o fato existiu, mas se nega que desse fato resultou lesão ou ameaça a direito. Se a denegação é por falta de prova (= dúvida sobre a existência dos fatos), não há coisa julgada material em mandado de segurança, nem individual, nem coletivo. No particular, é nítida a distinção em relação ao regime comum, em que a sentença de improcedência faz coisa julgada material não apenas quando nega a existência do direito, mas também quando não estão provados os fatos dos quais decorreria o direito afirmado.<sup>28</sup>

O que se quer salientar, com isso, é que, em mandado de segurança, individual ou coletivo, não haverá coisa julgada material quando a denegação da ordem decorrer da insuficiência da prova.

Referindo-se especificamente ao mandado de segurança coletivo, o art. 22 da Lei 12.016/2009 estabelece que "(...) a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante". Essa norma tem sentido duplo: (a) o de limitar a eficácia subjetiva (ao universo dos membros da entidade impetrante) e (b) o de vincular aos seus efeitos esses membros, substituídos no processo. Não há, na lei, qualquer distinção ou ressalva quanto ao conteúdo da sentença, se de procedência ou de improcedência do pedido. Assim, deve-se entender que a coisa julgada produz efeitos em relação às pessoas e entidades vinculadas ao processo, mesmo quando a sentença, julgando o mérito, denegar a ordem. Excluem-se, evidentemente, os que optaram pela não vinculação ao proces-

so. Realça-se o sistema próprio de vinculação, antes referido: diferentemente do que ocorre nas ações coletivas em geral, no mandado de segurança coletivo a vinculação será automática em relação a todos os substituídos que, tendo sido comprovadamente cientificados da impetração coletiva, não optaram pela exclusão.

O regime, portanto, será semelhante ao da ação civil pública para tutela de direitos coletivos (art. 16 da Lei 7.347/1985) e ao da ação popular (art. 18 da Lei 4.717/1965), nas quais a sentença de improcedência também faz coisa julgada *erga omnes* salvo quando decorrer de deficiência ou insuficiência da prova. Tratando-se de mandado de segurança coletivo, a sentença de mérito fará coisa julgada, mesmo quando negar a pretensão do impetrante; porém, não se considera sentença de mérito (e, portanto, não fará coisa julgada) a que denega a ordem em razão da deficiência de prova dos fatos alegados na impetração.

No mandado de segurança coletivo, a eficácia subjetiva está, portanto, vinculada à representatividade do impetrante, sem limites de natureza territorial. É diferente o que ocorre nas ações coletivas em geral, em que há também o limite territorial estabelecido no art. 2.º-A e seu parágrafo da Lei 9.494, de 10.09.1997.<sup>29</sup> Não há como justificar a aplicação desses limites e exigências restritivas ao mandado de segurança coletivo, que, como garantia constitucional fundamental que é, deve ter sua eficácia potencializada em grau máximo. As eventuais limitações que possa merecer, que não decorram expressa ou implicitamente da própria Constituição, supõem fundamento razoável e previsão específica em lei. Não se concebendo razão plausível para a extensão da exigência ao mandado de segurança coletivo, nem havendo menção expressa nesse sentido no referido art. 2.º-A, é de entender que suas disposições não lhe são aplicáveis.

28. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 128.

29. Sobre o conteúdo normativo desse dispositivo: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo...* cit., p. 66.